

II

(Actos aprovados ao abrigo dos Tratados CE/Euratom cuja publicação não é obrigatória)

DECISÕES

COMISSÃO

DECISÃO DA COMISSÃO

de 11 de Setembro de 2008

que estabelece que o n.º 1 do artigo 30.º da Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais não é aplicável à produção e venda por grosso de electricidade na Polónia

[notificada com o número C(2008) 4805]

(Apenas faz fé o texto em língua polaca)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

(2008/741/CE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia,

Tendo em conta a Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais⁽¹⁾, nomeadamente os n.ºs 4 e 6 do artigo 30.º,

Tendo em conta o pedido apresentado pela República da Polónia, por carta recebida em 19 de Maio de 2008,

Após consulta do Comité Consultivo dos Contratos Públicos,

Considerando o seguinte:

I. OS FACTOS

- (1) Em 19 de Maio de 2008, a Comissão recebeu um pedido da Polónia ao abrigo do n.º 4 do artigo 30.º da Directiva 2004/17/CE, transmitido à Comissão por carta. A Comissão solicitou informações suplementares por correio electrónico de 11 de Julho de 2008, que foram transmitidas pelas autoridades polacas por correio electrónico de 28 de Julho de 2008, após o termo do prazo fixado para resposta.
- (2) O pedido apresentado pela República da Polónia diz respeito à produção e venda por grosso de electricidade.

- (3) O pedido foi apresentado, e por conseguinte autorizado, pela autoridade nacional independente (Urząd Regulacji Energetyki, a entidade reguladora de energia da Polónia).

II. QUADRO JURÍDICO

- (4) O artigo 30.º da Directiva 2004/17/CE estabelece que os contratos destinados a permitir a realização de uma das actividades referidas na directiva não estão abrangidos pela mesma se, no Estado-Membro em que a actividade se realiza, esta última estiver directamente exposta à concorrência em mercados de acesso não limitado. A exposição directa à concorrência é avaliada com base em critérios objectivos, tomando em consideração as características específicas do sector em causa. O acesso a um mercado será considerado não limitado se o Estado-Membro tiver transposto e aplicado a legislação comunitária pertinente, abrindo à concorrência um determinado sector ou parte dele. Essa legislação consta do anexo XI da Directiva 2004/17/CE, que refere, para o sector da electricidade, a Directiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Dezembro de 1996, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade⁽²⁾. A Directiva 96/92/CE foi substituída pela Directiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 96/92/CE⁽³⁾, a qual impõe um grau ainda maior de abertura do mercado.

⁽¹⁾ JO L 134 de 30.4.2004, p. 1.

⁽²⁾ JO L 27 de 30.1.1997, p. 20.

⁽³⁾ JO L 176 de 15.7.2003, p. 37.

- (5) A Polónia transpôs e aplicou não só a Directiva 96/92/CE, mas também a Directiva 2003/54/CE, optando pela separação jurídica e funcional das redes de transporte e distribuição, excepto no caso das empresas de distribuição de menores dimensões, as quais, embora continuando a estar sujeitas à dissociação da contabilidade, estão isentas da obrigação de separação jurídica e funcional se tiverem menos de 100 000 clientes ou se tiverem servido redes de electricidade com um consumo inferior a 3 TWh em 1996. Está, contudo, previsto que os operadores das redes de distribuição (ORD) funcionarão no âmbito de grupos públicos verticalmente integrados, pelo menos em 2008. Em consequência, e nos termos do primeiro parágrafo do n.º 3 do artigo 30.º, o acesso ao mercado deve ser considerado não limitado.
- (6) A exposição directa à concorrência deve ser avaliada com base em vários indicadores, nenhum dos quais é decisivo por si só. No caso dos mercados a que se refere a presente decisão, a quota dos principais intervenientes num dado mercado constitui um critério a ter em conta. Um outro critério é o grau de concentração nesses mercados. Tendo em conta as características dos mercados em causa, devem ser também tomados em consideração outros critérios, como o funcionamento do mercado de equilíbrio, a concorrência a nível dos preços e o nível de mudança de fornecedor por parte dos consumidores.
- (7) A presente decisão não prejudica a aplicação das regras da concorrência.

III. AVALIAÇÃO

- (8) O pedido apresentado pela Polónia diz respeito à produção e venda por grosso de electricidade na Polónia.
- (9) O pedido da Polónia considera que o mercado geográfico relevante está limitado ao território nacional. O mercado apresenta um carácter unificado sem obstáculos no que diz respeito à compra de electricidade gerada numa região por um destinatário de uma região diferente (a maioria da capacidade de produção de energia eléctrica está instalada no Sul da Polónia, mas a energia dessa região é vendida em toda a Polónia). Além disso, de acordo com o Relatório de Actividades de 2007 ⁽¹⁾, em «2006 existia um congestionamento do sistema de carácter estrutural [...] nas fronteiras com a Alemanha, República Checa e Eslováquia [...]». Em 2006, a Polónia exportou 9,74 % da produção total de electricidade, enquanto que as importações para a Polónia nesse mesmo ano atingiram 2,94 % da produção total (pelo que as exportações líquidas representaram 6,8 % da produção total em 2006). O Relatório de Actividades de 2007 conclui que «a questão mais importante relacionada com as trocas de electricidade reside na capacidade de transferência limitada da grande rede que resulta no congestionamento das interligações. Este deve-se principal-

mente a uma elevada pressão do mercado resultante das diferenças de preço significativas da electricidade na Polónia, Alemanha, República Checa e Suécia». Consequentemente, deve considerar-se que o território da República da Polónia constitui o mercado relevante para efeitos de avaliação das condições estabelecidas no n.º 1 do artigo 30.º da Directiva 2004/17/CE.

- (10) Na Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu «Relatório sobre os progressos realizados na criação do mercado interno do gás e da electricidade» ⁽²⁾, seguidamente designado o «Relatório de 2005», a Comissão constata que «muitos mercados nacionais apresentam um elevado grau de concentração de empresas, o que dificulta o desenvolvimento de uma concorrência efectiva» ⁽³⁾. Consequentemente, considera que, no que diz respeito à produção de electricidade, «um dos indicadores do grau de concorrência nos mercados nacionais é a parte total do mercado dos três maiores produtores» ⁽⁴⁾. Relativamente a 2006, as autoridades polacas indicaram que a quota dos três maiores produtores representou 44,2 % da potência possível e 52,3 % da produção bruta ⁽⁵⁾. Relativamente a 2007, segundo a resposta das autoridades polacas recebida a 28 de Julho, as quotas aumentaram para 51,7 % da potência possível e 58,0 % da produção bruta ⁽⁶⁾. De acordo com as autoridades polacas, as quotas de mercado dos três maiores operadores no mercado grossista foram de 48,1 % em 2006 e aumentaram para 55,4 % em 2007 ⁽⁷⁾. É de salientar que os dados apresentados pelas autoridades polacas mostram um crescimento claro, entre 2006 e 2007, das quotas de mercado dos três maiores operadores em cada domínio. Estes níveis de concentração são superiores à percentagem correspondente, ou seja 39 %, a que se referem as Decisões 2006/211/CE ⁽⁸⁾ e 2007/141/CE da Comissão ⁽⁹⁾ relativamente ao Reino Unido. Estes níveis são semelhantes (ou um pouco superiores) ao nível (de 52,2 %) referido na Decisão 2008/585/CE da Comissão ⁽¹⁰⁾ no que diz respeito à Áustria e os níveis polacos de concentração são finalmente inferiores aos níveis correspondentes referidos nas Decisões 2006/422/CE ⁽¹¹⁾ e 2007/706/CE da Comissão ⁽¹²⁾ referentes, respectivamente, à Finlândia (73,6 %) e à Suécia (86,7 %). No entanto, nestes três casos, estes níveis de concentração são «compensados» pela «pressão concorrencial no mercado [...], devida à possibilidade de se obter electricidade fora do território [...]» ⁽¹³⁾. Conforme descrito no considerando 9 *supra*, verificam-se congestionamentos do sistema e capacidades de transferência limitadas, pelo que as importações representam menos de 3 % da produção total polaca em comparação, por exemplo, com o caso austríaco em que a

⁽²⁾ COM(2005) 568 final de 15.11.2005.

⁽³⁾ Relatório de 2005, p. 2.

⁽⁴⁾ Ver Relatório de 2005, p. 7.

⁽⁵⁾ Ver ponto 5.1 do pedido.

⁽⁶⁾ Ver ponto 1 da resposta.

⁽⁷⁾ Ver ponto 5.1 do pedido e página 2 da resposta.

⁽⁸⁾ JO L 76 de 15.3.2006, p. 6.

⁽⁹⁾ JO L 62 de 1.3.2007, p. 23.

⁽¹⁰⁾ JO L 188 de 16.7.2008, p. 28.

⁽¹¹⁾ JO L 168 de 21.6.2006, p. 33.

⁽¹²⁾ JO L 287 de 1.11.2007, p. 18.

⁽¹³⁾ Ver considerando 12 da Decisão 2007/706/CE. Na verdade, nos casos sueco e finlandês, a existência de um mercado regional foi deixada em aberto, o que, a tomar-se como referência, resultou em níveis de concentração de 40 %.

⁽¹⁾ A versão em língua inglesa do Relatório de Actividades de 2007, elaborado pelo Presidente da Entidade Reguladora de Energia da Polónia, com data de 31 de Outubro de 2007 e publicado em 24.4.2008, está disponível em: http://www.ure.gov.pl/portal/en/1/17/Activity_Report_2007.html

«electricidade importada representou cerca de um quarto ⁽¹⁾ das suas necessidades totais ⁽²⁾, especialmente a utilizada como carga de base» ⁽³⁾. Além disso, de acordo com um documento emitido pelo Presidente da Entidade Reguladora da Energia da Polónia ⁽⁴⁾, «a actual estrutura e grau de concentração das actividades do sector da energia decorreram primeiro da consolidação horizontal e depois da consolidação vertical das empresas públicas do sector da energia. O processo de consolidação, que afectou negativamente as condições da concorrência no mercado nacional, afectará também substancialmente o desenvolvimento da concorrência no mercado grossista». Por conseguinte, este nível de concentração não pode ser considerado um indicador de exposição directa à concorrência dos mercados de produção e venda por grosso.

(11) Além disso, embora os mercados de equilíbrio representem uma pequena parte do volume total de electricidade produzida e/ou consumida num Estado-Membro, o seu funcionamento deve também ser considerado um indicador suplementar. Com efeito, «um interveniente no mercado que não consiga facilmente adaptar a sua carteira de produção às características dos clientes corre o risco de ter de pagar a diferença entre o preço a que o operador de redes de transporte (a seguir denominado ORT) venderá a energia de equilíbrio e o preço a que este adquirirá a produção excedentária. Estes preços são directamente impostos pelo regulador ao ORT ou, em alternativa, fixados através de um mecanismo baseado no mercado, no âmbito do qual o preço é determinado em função das propostas de outros produtores, de forma a regular a sua produção, quer em alta, quer em baixa [...]. Os pequenos operadores vêem-se confrontados com grandes dificuldades quando existe o risco de uma diferença importante entre o preço de aquisição do ORT e o preço de venda. Esta situação verifica-se em vários Estados-Membros, sendo provavelmente prejudicial para o desenvolvimento da concorrência. Uma diferença importante pode indicar um nível de concorrência insuficiente no mercado de equilíbrio, que pode ser dominado por apenas um ou dois grandes produtores» ⁽⁵⁾. Apesar de uma diferença relativamente pequena ⁽⁶⁾ entre o preço

de compra ao ORT e o preço de venda, o mercado de equilíbrio polaco e as suas principais características — em particular a falta de um mercado intradiário ou do acesso a outras plataformas de mercado que possam funcionar como um substituto, bem como determinados aspectos dos custos de compensação — são de modo a que a «actual estrutura das tarifas aplicáveis a serviços de transporte, ao abrigo da qual são imputados a todos os clientes os custos de compensação e de gestão dos congestionamentos, não envia sinais económicos adequados aos participantes no mercado» ⁽⁷⁾. O funcionamento do mercado de equilíbrio polaco não pode, por conseguinte, ser considerado um indicador adicional de que a produção de electricidade e a venda por grosso estão directamente expostas à concorrência.

(12) Tendo em conta as características do produto em questão (electricidade) e a escassez ou indisponibilidade de produtos ou serviços que o possam substituir de forma adequada, a concorrência dos preços e a formação dos preços revestem-se de uma maior importância quando se trata de avaliar a competitividade dos mercados da electricidade. No que diz respeito aos grandes utilizadores (finais) industriais, que são mais susceptíveis de adquirirem directamente a electricidade a fornecedores que são simultaneamente produtores, o número de clientes que muda de fornecedor pode funcionar como um indicador da concorrência nos preços e ser assim, indirectamente, um «indicador natural da eficácia da concorrência. Se forem poucos os consumidores a mudar, haverá provavelmente um problema com o funcionamento do mercado, ainda que não se devam ignorar os benefícios decorrentes da possibilidade de renegociar com o fornecedor histórico» ⁽⁸⁾. Além disso, «a existência de preços no consumidor final regulados é claramente um factor determinante do comportamento do cliente [...]. Embora a manutenção de controlos se possa justificar num período de transição, esses controlos causarão cada vez maiores distorções, à medida que a necessidade de investimento for aumentando» ⁽⁹⁾.

(13) Segundo as últimas informações disponíveis, a taxa de mudança de fornecedor é de 15,84 % para os grandes e muito grandes clientes industriais na Polónia ⁽¹⁰⁾, representando cerca de 7,6 % dos fornecimentos totais ⁽¹¹⁾. Esta deve ser considerada no contexto da situação descrita em decisões anteriores relativas ao sector da electricidade em que se verificaram taxas de mudança dos grandes e muito grandes utilizadores industriais de mais de 75 % (Decisão 2006/422/CE relativa à Finlândia) até 41,5 % (Decisão 2008/585/CE relativa à Áustria). Além do mais, existem ainda controlos de preços no utilizador final para clientes domésticos, no âmbito dos quais os operadores têm de fornecer à entidade reguladora as

⁽¹⁾ 23,5 % de acordo com as informações das autoridades austríacas.

⁽²⁾ Ou seja, a quantidade de electricidade necessária para consumo interno e exportações.

⁽³⁾ Ver considerando 10 da Decisão 2008/585/CE.

⁽⁴⁾ A versão em língua inglesa do «Roteiro de liberalização dos preços para todos os consumidores de electricidade — Em prol dos direitos dos consumidores e de uma real concorrência no sector da energia» («Roadmap of prices liberalisation for all electricity consumers — Towards the customers' rights and effective competition in the power industry sector»), datado de Fevereiro de 2008 e publicado em 30.5.2008 em http://www.ure.gov.pl/portal/en/1/18/Roadmap_of_prices_liberalisation_for_all_electricity_consumers.html, p. 10. Seguidamente, este documento será referido como o «Roteiro».

⁽⁵⁾ Ver o Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão, Anexo Técnico do Relatório de 2005, SEC(2005) 1448, a seguir designado o «Anexo Técnico», p. 67-68.

⁽⁶⁾ De acordo com o Relatório Final, ponto 993, Quadro 52, o mercado de equilíbrio polaco funciona com uma diferença tarifária de 13, o que o coloca na metade inferior, dado que a diferença nos mercados europeus de equilíbrio da União Europeia oscila entre 0 e 79. Esta análise examina os efeitos do funcionamento do mercado de equilíbrio na produção de electricidade e não o grau de concorrência no próprio mercado de equilíbrio. Por conseguinte, para este fim é irrelevante saber se uma diferença pequena é provocada pela concorrência ou por uma limitação dos preços imposta pela entidade reguladora, tal como a concentração elevada no mercado de equilíbrio não é pertinente para esta análise.

⁽⁷⁾ Ver Roteiro, p. 11.

⁽⁸⁾ Relatório de 2005, p. 9.

⁽⁹⁾ Anexo Técnico, p. 17.

⁽¹⁰⁾ Ver Quadro 2: Taxa anual de mudança de fornecedor de electricidade em 2006 (em volume), p. 5 e seguintes do Documento de Trabalho dos Serviços da Comissão que acompanha o Relatório sobre os progressos realizados na criação do mercado interno do gás e da electricidade, COM(2008) 192 final de 15.4.2008.

⁽¹¹⁾ Ver Relatório de Actividades de 2007, p. 72.

tarifas que desejam aplicar. Por conseguinte, a situação na Polónia não é satisfatória quanto ao nível de mudança de fornecedor por parte dos grandes e muito grandes utilizadores (finais) industriais ⁽¹⁾ e quanto ao controlo dos preços no utilizador final, pelo que não pode ser considerada um indicador de exposição directa à concorrência.

- (14) No que diz respeito à produção e venda por grosso de electricidade na Polónia, a situação pode resumir-se da seguinte forma: as quotas de mercado dos três maiores produtores e grossistas são relativamente elevadas, sem que isso seja contrabalançado por electricidade importada facilmente disponível. Conforme referido no considerando 11, o funcionamento dos mercados de equilíbrio não é suficiente para ser tomado como um indicador de exposição directa à concorrência, o nível de mudança de fornecedor é baixo e os controlos de preços no utilizador final subsistem relativamente a alguns grupos de clientes.
- (15) Finalmente, não pode ser ignorado o contexto global do sector da energia na Polónia. Desse modo, a Recomendação da Comissão sobre uma «Recomendação do Conselho relativa à actualização de 2008 das Orientações Gerais das Políticas Económicas dos Estados-Membros e da Comunidade e à aplicação das políticas de emprego dos Estados-Membros» ⁽²⁾ recomenda que a Polónia «melhore o quadro da concorrência dos sectores de rede, nomeadamente através de uma revisão do papel das entidades reguladoras, e prossiga com determinação o processo de liberalização dos mercados da energia» ⁽³⁾, o que constituiu mais uma indicação de que a produção de electricidade e a venda por grosso (ainda) não estão plenamente expostas à concorrência na Polónia.

IV. CONCLUSÕES

- (16) Em virtude dos factores examinados nos considerandos 9 a 15, é de concluir que a produção e a venda por grosso de electricidade não estão neste momento directamente expostas à concorrência na Polónia. Por conseguinte, o n.º 1 do artigo 30.º da Directiva 2004/17/CE não é aplicável a contratos destinados a permitir a realização dessas actividades na Polónia. Consequentemente, a Di-

rectiva 2004/17/CE continua a ser aplicável nos casos em que as entidades adjudicantes adjudiquem contratos destinados a permitir a produção e venda por grosso de electricidade na Polónia ou nos casos em que essas entidades organizem concursos para trabalhos de concepção tendo em vista a prossecução dessas actividades na Polónia.

- (17) A presente decisão baseia-se na situação de direito e de facto existente entre Maio e Julho de 2008, tal como decorre da informação apresentada pela República da Polónia ou publicada nos sítios *web* administrados pelas autoridades polacas, do Relatório de 2005 e do seu Anexo Técnico, da Comunicação de 2007 e do Documento de Trabalho de 2007, bem como do Relatório Final. A decisão poderá ser revista caso se verifiquem alterações significativas na situação de direito e de facto que indiquem que as condições de aplicabilidade do n.º 1 do artigo 30.º da Directiva 2004/17/CE estão cumpridas,

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1.º

O n.º 1 do artigo 30.º da Directiva 2004/17/CE não é aplicável à produção e venda por grosso de electricidade na Polónia. Consequentemente, a Directiva 2004/17/CE continua a ser aplicável aos contratos adjudicados por entidades adjudicantes e destinados a permitir-lhes a realização dessas actividades na Polónia.

Artigo 2.º

A República da Polónia é a destinatária da presente decisão.

Feito em Bruxelas, em 11 de Setembro de 2008.

Pela Comissão

Charlie McCREEVY

Membro da Comissão

⁽¹⁾ Ver Relatório de Actividades de 2007, p. 71: «O número de empresas que exercem os direitos de acesso de terceiros» — ou seja, mudança de fornecedor — «tem aumentado regularmente desde 2001, mas os números globais estão longe de ser satisfatórios».

⁽²⁾ Parte IV da Comunicação da Comissão ao Conselho Europeu da Primavera: Relatório estratégico sobre a Estratégia de Lisboa renovada para o crescimento e o emprego: lançamento de um novo ciclo (2008-2010) — COM(2007) 803 final de 11.12.2007. Publicada em http://ec.europa.eu/growthandjobs/pdf/european-dimension-200712-annual-progress-report/200712-countries-specific-recommendations_pt.pdf

⁽³⁾ P. 31, ponto 5. É também consistente com algumas declarações do Relatório de Actividades de 2007: «Na Polónia, o mercado da energia ainda não está plenamente desenvolvido.» (p. 2-3). «A estrutura do mercado da energia polaco dificilmente poderia ser descrita como plenamente concorrencial» (p. 12).